

## **Parere n. 95 del 08 ottobre 2009**

**protocollo** PREC 48/09/S

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Ing. Giorgio Gabriele, in qualità di capogruppo del RTP Ing. Giorgio Gabriele - Geom. Giovanni Maggi - Conferimento dell'incarico professionale per la progettazione esecutiva, direzione lavori, misura e contabilità per i lavori di "Ripristino deflusso fossato del Pontone" - Importo a base d'asta: inferiore ad euro 100.000,00 - S.A.: Comune di ITRI (LT).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 19 maggio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale sono state sottoposte al vaglio di questa Autorità le supposte irregolarità ed anomalie del Bando di gara, relative alla sezione "Modalità e criteri di affidamento dell'incarico", sulla base delle seguenti argomentazioni: "a) La verifica preliminare dei curricula viene eseguita con dei criteri troppo generici e discriminanti: - non sono ad esempio specificati i pesi dei criteri che verranno utilizzati per valutare l'esperienza, la qualificazione professionale e le progettazioni analoghe; - viene utilizzato come criterio l'anno di iscrizione all'albo professionale,...discriminante poiché non dà nessuna qualifica tecnica relativa all'affidamento dell'incarico specifico; b) Non vengono definiti i criteri ed i sub-criteri con i quali verranno scelti i cinque professionisti successivamente invitati a partecipare all'offerta economica. Viene solo riportato che questa scelta verrà effettuata con una valutazione non sindacabile da parte del RUP".

Il Comune resistente ha replicato con nota dell'8 luglio 2009, evidenziando che, trattandosi di affidamento di servizi tecnici di importo stimato inferiore a 100.000 euro, dall'avviso pubblicato per il conferimento dell'incarico *de quo* si evince chiaramente:

- “1. L'osservanza del principio di trasparenza, che si concretizza nella pubblicazione stessa dell'avviso;
2. Il principio della proporzionalità, che è assolto con la previsione di requisiti di qualificazione proporzionati ed adeguati rispetto all'oggetto dell'affidamento;
3. Il principio della parità di trattamento, che è rispettato con la predeterminazione di regole oggettive per l'affidamento tenuto conto che i requisiti indispensabili di professionalità e specializzazione sono accertati in fase di qualificazione”.

Il Comune fa, inoltre, notare, a proposito della valutazione comparativa dei *curricula* per la selezione dei cinque candidati ammessi a partecipare alla successiva offerta economica, che “per una tale valutazione sarebbe praticamente impossibile predeterminare i criteri ed i sub-criteri...senza tener conto delle ovvie difficoltà nella valutazione di tutti quegli elementi non contemplati in detti criteri...che comporterebbe un inutile aggravio dell'iter e che andrebbe in direzione opposta a quanto prospettato dal legislatore con la previsione di procedure semplificate”.

### **Ritenuto in diritto**

Alla luce dei parametri di legittimità desumibili dalla determinazione di questa Autorità n. 1 del 19 gennaio 2006, ancor oggi attuali, il procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento dell'incarico professionale in oggetto, siccome esperito dal Comune di ITRI non presta il fianco a censure.

Invero, sotto nessuno dei profili in quella determinazione evidenziati le doglianze dell'istante possono essere positivamente apprezzate.

Si tratta, nel caso all'esame, dell'affidamento di servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro, com'è agevole desumere dagli stessi riferimenti normativi del Bando versato in atti: l'art. 91, co. 2, del D.Lgs. n.163/2006 (d'ora in avanti denominato "Codice") – secondo cui "gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo...di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 (100.000 euro n.d.r.) possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento...nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei" – e, per l'appunto, l'art. 57, co. 6 del Codice – secondo cui "ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza...Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando".

E' noto che il principio di concorrenza e quelli di radice comunitaria (che ne rappresentano attuazione e corollario) di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, che hanno trovato recepimento espresso nel diritto interno (come, per l'appunto, nell'art. 91 co. 2, del Codice), costituendo principi fondamentali anche per il nostro ordinamento ex art.1, co. 1, della legge 241/90, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici e sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie od interne ed in modo prevalente rispetto ad eventuali disposizioni interne di segno contrario (cfr. *ex multis*: T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 21 maggio 2008, n. 1978).

Il precedente normativo *in subiecta materia* è costituito dall'art. 17, comma 12, della legge 109/1994, così come modificato dalla legge n. 65/2005 in ottemperanza al pronunciamento della Commissione europea che ebbe a censurare la mancata previsione di alcun onere minimo di messa in concorrenza e l'assenza di alcuna forma di pubblicità, atta a consentire un confronto concorrenziale fra i soggetti potenzialmente interessati alla prestazione del servizio.

In osservanza a detti rilievi, il legislatore nazionale ha eliminato la possibilità dell'affidamento diretto su base fiduciaria degli incarichi per importo inferiore a 100.000 euro, facendo espresso richiamo all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti del rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Ciò si è tradotto, per quanto rileva in questa sede, nell'instaurazione di una apposita procedura negoziata (previa pubblicazione di apposito Bando - che nella fattispecie è stata effettuata alla stregua di opzione strumentale alla ricerca di qualificate manifestazioni di interesse - nelle spedite

forme dell'Albo pretorio e del sito internet della stazione appaltante), con la quale si è proceduto ad una verifica preliminare tesa alla selezione - mediante l'applicazione dei criteri selettivi discrezionalmente enunciati nel Bando - di cinque candidati ammessi a presentare la successiva offerta economica, per l'affidamento dell'incarico secondo il prescelto criterio del prezzo più basso.

La preliminare richiesta del possesso dei requisiti suddetti per la partecipazione alla procedura negoziata di che trattasi è avvenuta nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, risultando strettamente connessa alla tipologia ed all'importo dell'incarico di che trattasi, inferiore alla soglia dei 100.000 euro, senza peraltro comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza. Nessuna necessità ulteriore – dato il criterio automatico (prezzo più basso) di aggiudicazione prescelto dalla S.A. – è dato rinvenire nella fattispecie per divisare il fondamento di una distinta predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte rapportati alla tipologia e all'importo dell'incarico, altrimenti ravvisabile nel caso di un incarico di maggior importo e complessità.

Per questo è bastevole rappresentare che nell'avviso di selezione in argomento sono stati indicati i requisiti minimi di idoneità professionale richiesti dalla stazione appaltante per assumere l'incarico in questione, in modo tale da consentire agli aspiranti, in assoluta condizione di parità, di dimostrare - tramite il *curriculum* - il possesso di una esperienza adeguata rapportata alla tipologia e all'importo dell'incarico. Essendo, inoltre, il criterio di aggiudicazione prescelto quello del prezzo più basso, non era necessario che la S.A. fissasse ulteriori distinti criteri e sub-criteri di merito comparativo per la selezione dei cinque professionisti da invitare successivamente a formulare l'offerta economica, così come preteso dall'istante sulla falsariga del distinto criterio di aggiudicazione costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Codice. E' solo in relazione a quest'ultimo criterio, infatti, che va tenuto distinto il merito tecnico dell'offerta da valutarsi nella fase di affidamento, con riguardo alle caratteristiche qualitative dei progetti presentati, che l'offerente ritenesse rappresentativi della propria capacità progettuale, in rapporto a quella degli altri concorrenti.

Del resto, diversamente da quanto preteso al riguardo dall'istante, questa Autorità ha già avuto modo di statuire, con le deliberazioni n. 43/2007 e n. 86/2007, che l'avviso deve riportare i criteri di selezione dei *curricula*, senza la necessità di un'espressa e puntuale predeterminazione dei pesi ponderali assegnati a ciascun criterio.

Dalle considerazioni sopra riportate emerge, dunque, che la normativa cui fa riferimento il Bando, imponeva alla stazione appaltante l'esperimento di una previa procedura di tipo comparativo per l'individuazione di cinque candidati da ammettere alla successiva fase dell'offerta economica, assistita da una adeguata pubblicità.

Al riguardo, come espresso da questa Autorità con le determinazioni n. 18/2001 e n. 30/2002, per "adeguata pubblicità" deve intendersi quella pubblicità che, seppure semplificata, risulti funzionale allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento, in relazione all'entità ed all'importanza dell'incarico: ciò che è avvenuto nella fattispecie, tenuto conto dell'importo e della tipologia dell'incarico.

Inoltre, per quanto attiene al procedimento di selezione dei candidati, la stazione appaltante ha puntualmente indicato nel Bando gli elementi sui quali si sarebbe basata. Si è trattato, in tutta evidenza, di oggettivi criteri curriculari di confronto comparativo, proporzionati all'incarico da conferire ed alle caratteristiche proprie della procedura negoziata prescelta.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene che la procedura posta in essere dal Comune di ITRI per l'affidamento dell'incarico in oggetto è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009